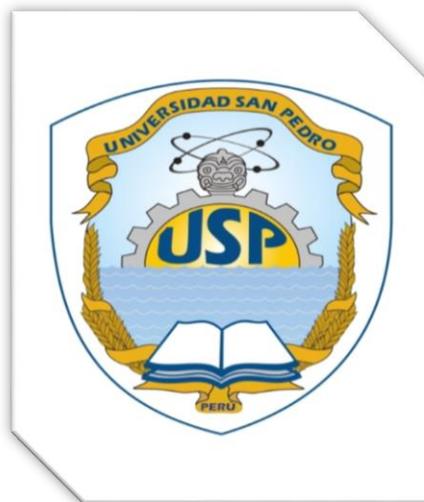


UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA ACADEMICA PROFESIONAL DE DERECHO



La tenencia en el código de los niños y los adolescentes
peruano

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor

FALLA COLLANTES MARGARET ESTHER

Asesor

MIRANDA CHAUCA TERESA LUPERFINA

HUACHO – PERU

2018

Palabras Claves:

| | |
|---------------------|---------------------------------------|
| Tema | La Tenencia |
| Especialidad | Código de los Niños y los Adolescente |

Keywords:

| | |
|------------------|----------------------------------|
| Text | The tenure |
| Specialty | Code of Children and Adolescents |

Línea de Investigación: Derecho

DEDICATORIA

A mis padres por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, en toda mi educación, tanto académica, como de la vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, amigas (os) y a toda las personas que contribuyeron facilitándome la información requerida o dándome sus puntos de vistas desde su experiencia profesional, a todos ellos mi agradecimiento. Me enseñaron que en gran medida el éxito depende de la confluencia de dos condiciones subjetivas y materiales, las subjetivas dependen de uno mismo (mi voluntad, esfuerzo, dedicación) y las otras depende de los azares caprichosos de la vida.

INDICE

| | |
|---|-------------------|
| PALABRAS CLAVES | <i>i</i> |
| DEDICATORIA | <i>ii</i> |
| AGRADECIMIENTO..... | <i>iii</i> |
| RESUMEN..... | 1 |
| | |
| 1.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA..... | 2 |
| CAPITULO I..... | 3 |
| | |
| LA TENENCIA EN EL CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES..... | 3 |
| | |
| 2.- MARCO TEORICO..... | 3 |
| 2.1.- LA TENENCIA EN EL PERÚ..... | 3 |
| 2.2.- INSTITUCIÓN DE LA TENENCIA..... | 3 |
| 2.3.- ETIMOLOGÍA:..... | 4 |
| 2.4.- CONCEPTO..... | 5 |
| 2.5.- LA TENENCIA EN EL PERÚ..... | 5 |
| 2.6.- CLASES DE TENENCIA..... | 8 |
| 2.7.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO..... | 9 |
| 2.8.- LA TENENCIA EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES..... | 9 |
| 2.9.- DIFERENCIA DE TENENCIA CON LA PATRIA POTESTAD..... | 10 |
| 2.10.- RECONOCIMIENTO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO..... | 11 |
| | |
| 3.- ANALISIS DEL PROBLEMA..... | 36 |
| 4.- CONCLUSIONES..... | 37 |
| 5.- RECOMENDACIONES..... | 38 |
| 6.- BIBLIOGRAFÍA..... | 39 |
| 7.- ANEXOS..... | 42 |
| 1.- CASO PRÁCTICO EX. 895-2016..... | 42 |

RESUMEN

La tenencia es una institución familiar que se instituye cuando los padres están separados de hecho o mediante sentencia judicial , con el fin de establecer cuál de los padres se quedará con la compañía del niño, y además de establecer el régimen de visitas para el padre que no obtuvo la tenencia. Cuando hablamos de custodia de menor y régimen de visitas nos referimos a aquellos casos en que los niños tienen padre y madre y ambos pugnan por tenerlos a su lado y también pugnan por verlos, debido a que ambos padres tienen iguales derechos dado a que ambos ejercen la patria potestad, lo que les autoriza a velar por sus bienes e intereses. Ante Cuando ambos padres llegan a un acuerdo

El Código del Niño y del Adolescente en su artículo 81° establece que cuando los padres están separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina en primer lugar de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del menor. Este acuerdo para que tenga fuerza legal deberá formalizarse ante un Centro de Conciliación Extrajudicial. La misma norma establece que en caso de no existir acuerdo o si éste resultara perjudicial para el menor, la tenencia la resolverá el Juez Especializado de Familia, quien podrá disponer las medidas necesarias para su cumplimiento o la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño o adolescente.

Para recurrir al Órgano Jurisdiccional deben existir los siguientes requisitos: Que exista una separación de hecho entre los padres del menor, que no exista acuerdo entre los padres para determinar con quién se quedan los hijos.

1.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Cuando una pareja se separa o se divorcia aparecen bastantes conflictos sobre todo si hay hijos de por medio. Inclusive, muchas parejas divorciadas suelen tener más discusiones porque el problema más difícil de resolver suele ser la custodia de los hijos, es decir con quién vivirán. Es por esta razón que las parejas optan por demandar en un proceso de tenencia que se engloba dentro del Derecho de Familia.

La tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o tutores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía cuando los padres de un menor se encuentran separados solo uno de ellos debe quedarse al cuidado de los niños o adolescentes. Sin embargo cuando no hay acuerdo el tema se complica sobre todo si quien va a demandar la tenencia es el padre contra la madre.

La ley establece que la custodia en primer lugar, será decidida por el acuerdo de los propios padres. Solo si no hay acuerdo entre los padres, corresponderá al juez determinar, dentro de un proceso judicial autónomo o de dentro del proceso de divorcio sin acuerdo, cuál de ellos será quien ejercerá la tenencia.

Si tienes una buena relación tu pareja puedes pedirle al juez que opte por la tenencia compartida. Es decir ambos padres ejercen la custodia, entonces el hijo permanece un tiempo con su madre y otro tiempo con el padre además de un cumplimiento responsable de las obligaciones para con el niño, por parte de ambos padres. Sin embargo este proceso también genera críticas respecto a que el hijo se desarrollará en dos ambientes distintos pudiendo generarle inestabilidad.

Si bien el Código de los Niños y Adolescentes establece que, cuando no exista acuerdo en la tenencia, el menor deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo art. 84, la aplicación de esta regla dependerá de las situaciones de cada caso en concreto y siempre que esto sea favorable al bienestar superior del niño.

Muchos padres tienen como creencia, que siempre la madre es la que debe ejercer la tenencia o que el juez siempre se le otorgará. Ese sentido absoluto no tiene validez en el presente derecho. Las normas sobre tenencia y custodia deben ser entendidas como reglas flexibles que se adecúan a lo que lo favorece al menor y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores de tiempo, edad, sexo o permanencia, se debe salvaguardar el interés superior del niño, niña o adolescente.

CAPITULO I

LA TENENCIA EN EL CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

2.- MARCO TEORICO

2.1.- LA TENENCIA EN EL PERÚ

Según nos refiere (Fernandez, 2014). La tenencia, básicamente es una institución que permite a los (o a uno de los) padres vivir juntamente con sus hijos (niños y/o adolescentes), orientado a la protección integral de estos, con el fin de que pueda desenvolver su vida en sociedad. Según, el Código Civil, el término tenencia, se usa para significar a aquél que sin ser propietario, detenta, conserva, sostiene, retiene, sujeta materialmente una cosa. Así mismo se emplea el término tenencia, para referirnos al padre o madre que conserva la custodia de su hijo que sigue cohabitando con él o ella.

2.1.1.- Regulación Jurídica

La tenencia, está regulada por el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), dentro del Libro Tercero (“Instituciones familiares”), Capítulo II (“Tenencia del niño y del adolescente”) en los artículos 81° al 87°.

2.2.- INSTITUCIÓN DE LA TENENCIA

Señala el autor (Canales, 2014). Entonces empezaremos mencionando que respecto a “la institución de la tenencia del menor se da cuando los padres de un menor se encuentran separados solo uno de ellos debe quedarse al cuidado de los niños o adolescentes a eso se llama tenencia sin embargo cuando no hay acuerdo el tema se complica porque será el juez quien resuelva dicha controversia, bajo dicho supuesto será el juez al momento resolver el otorgamiento de la tenencia a favor de uno los progenitores, deberá fijar

necesariamente un régimen de visitas para el otro progenitor, siempre teniendo presente el interés superior del niño.

Según (Placido, 2010). La institución de la patria potestad se origina en el derecho romano; el mismo nombre presenta su origen y su carácter que ha venido variando a lo largo del tiempo y del cual perdura exclusivamente el nombre. Consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, realizado solo por el ascendiente varón de más edad.”

Por tanto, “dentro de un proceso de tenencia o régimen de visitas, el operador jurisdiccional deberá evaluar en conjunto las pericias psicológicas, psiquiátricas, psicosomáticas a los menores, visitas sociales, declaraciones de las partes, declaraciones testimoniales y todo el caudal probatorio que se haya ofrecido oportunamente, que solicite el Ministerio Público o que se ordene de oficio, así como la entrevista con el menor, medios actuados dentro de la audiencia única en la que participa el fiscal de familia, quien luego emitirá dictamen previo a la sentencia.”

2.3.- ETIMOLOGÍA:

(Academia, 1997). Etimológicamente la palabra Tenencia, se deriva del verbo Tener. De acuerdo al Derecho Universal y a las normas jurídicas, la Tenencia de Menores se asemeja a la palabra Tuición, y es así como los Diccionarios de la Real Academia de La Lengua Española, así como la Enciclopedia Omeba y otros autores que los enunciaré posteriormente, toman esta similitud en sus definiciones.

Según el Diccionario de Real Academia de Lengua Española: Tuición es efecto y acción de guardar y defender; guardar es cuidar y custodiar algo; tener cuidado de unas cosa y vigilancia sobre ella. Cuidar es asistir,

guardar, conservar; por lo que podríamos decir que tuición es el cuidado, custodia, guarda que ejerce una persona sobre un menor.

2.4.- CONCEPTO

Como dice (Chunga, 2010). “La Tenencia de Menores es una Institución Jurídica contemplada en el Código de la Niñez y Adolescencia, por medio de la cual faculta a los cónyuges para reclamar por la persona de uno o más menores a fin de que permanezcan consigo, con el propósito de protegerles y cuidarles en forma total; derecho este que puede extenderse a los familiares capaces más cercanos, siempre que beneficie al menor; y, cuando el mismo se encuentre en situación no apta para su desarrollo y su integridad”.

(Cabanellas, 2008). Tuición es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas por la ley o por el Juez, respecto al cuidado personal y educación de un menor de edad. La Tuición es un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica a objeto de lograr su máxima eficacia y seguridad”.

La tenencia, (Chunga, 2010) nos dice también que es una institución familiar que se constituye cuando los padres están separados de hecho o mediante sentencia judicial, con el fin de establecer cuál de los padres se quedará en compañía del niño, y además de establecer el régimen de visitas para el padre que no obtuvo la tenencia.

2.5.- LA TENENCIA EN EL PERÚ

(Acosta, 2017). En el Perú, la tenencia se encuentra regulada en el Código de los Niños y adolescentes en su Artículo 81 que señala que “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta al parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta

perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento”.

El autor (Bermudez, 2008), en su artículo señala que existen diversas instituciones donde solicitar la tenencia de menores, como lo son:

- a)** En los centros educativos, colegios profesionales, así como en instituciones de la sociedad civil, y en instituciones públicas. Las Defensorías Escolares están ubicadas dentro de los mismos centros educativos siendo la atención gratuita. La defensoría recibe los casos, luego de lo cual el defensor evalúa los hechos que vulneran uno o más derechos de los niños y determina la acción a seguir. El defensor ejecuta las siguientes acciones: La Conciliación, la derivación, la acción administrativa o la denuncia. En los conflictos sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, la defensoría actúa a través de la Conciliación tratando de fortalecer los lazos familiares. Las Actas de Conciliación extrajudicial, tienen el valor de título de ejecución y son equivalentes a una sentencia judicial, siempre y cuando la Defensoría del Niño y Adolescente figure en el Registro de Defensorías del Ministerio de la Mujer. Las defensorías llevan libros de registro de casos y actas de conciliación para extender copias certificadas cuando se requieran. La Defensoría atiende estos casos cuando no existe una resolución judicial, o un proceso judicial abierto por el mismo hecho. Sin embargo, ésta tiene el deber de comunicar a la Comisaría del Sector o a la Fiscalía de Familia en caso de maltrato, ante lo cual se determinará si existe violencia familiar.
- b)** Las Defensorías Municipales o DEMUNA. Tienen la misma Labor de la DEMUNA.
 - Ofrece atención gratuita y confidencial de casos de alimentos, régimen de visitas, maltrato, violencia familiar, reconocimiento voluntario de

filiación, y, en general situaciones que afecten los derechos de los niños y adolescentes.

- Realiza difusión y capacitación sobre Derechos del Niño.
 - Impulsa actividades preventivas y de movilización social por los Derechos del Niño.
 - Coordina permanentemente con instituciones y organizaciones locales para atender los problemas de los niños, adolescentes y familia.
 - Denuncia delitos en agravio de niños y adolescentes. Las Defensorías Municipales, además se encargan de inscribir en los registros a los niños que no tienen partida de nacimiento.
- c)** Centro de Conciliación Especializado en Derecho de Familia. Estos centros de conciliación son muy útiles para evitar un proceso largo, tedioso y costoso en el Poder Judicial, no es obligatorio ir a conciliación en materias de Derecho de Familia, sin embargo existe como parte de la cultura de paz establecida como política de Estado en la Ley de Conciliación. Se llama conflicto de familia al hecho que causa tensión en la vida de los miembros de una familia, los que pueden encontrarse cohabitando o no. Esta es una conciliación especializada, «que implica tener en cuenta una serie de factores que inciden en los aspectos emocionales»
- d)** Juzgados Especializados en Familia. La Tenencia no se plantea ante el Juez de Paz, sólo ante el Juzgado Especializado de Familia. En materia de derechos de familia no es obligatorio ni un requisito recurrir a la conciliación extrajudicial. Sin embargo es una forma rápida de solucionar un conflicto cuya demora puede causar daño al niño. También es una forma gratuita que beneficia a miles de personas que no tienen capacidad económica suficiente para asumir un proceso judicial. Aun así hay casos en los que por necesidad y a fin de evitar un daño en la integridad del niño

se debe acudir directamente a la vía judicial para solicitar la variación de la tenencia. En cada caso se deberán apreciar las circunstancias que motivan las solicitudes debiendo decidirse por lo mejor para el niño, es decir, con atención al Interés Superior del Niño y Adolescente (para ello se valdrá de visitas de la Asistencia Social, pruebas psicológicas, la opinión del niño).

2.6.- CLASES DE TENENCIA

Según refiere (Mafla, 2016). Existen tres clases de tenencia que se presentan con más frecuencia en los conflictos de divorcio o separación de los padres, o que a falta de la madre, la disputa se realiza entre el padre y los abuelos maternos, las mismas que se las resumen de la siguiente manera:

2.6.1.- Tenencia Provisional La tenencia provisional es la facultad que tiene el padre que no tiene la custodia del menor de recurrir al Juez para solicitarle la tenencia provisional. Esto normalmente ocurre cuando el menor corre algún peligro en su integridad física o psicológica. Si uno de los padres tiene la custodia de hecho entonces no podrá solicitar la tenencia provisional. Sin embargo, este padre o madre que tiene la tenencia provisional podrá solicitar la tenencia.

2.6.2.- Tenencia de Hecho La tenencia de hecho puede ser: Porque existe un acuerdo entre los padres sin recurrir a ningún tercero. En este caso los padres tomaron la decisión de tener la tenencia del menor ya sea por un acuerdo expreso o tácito. Por decisión unilateral de uno de los padres.

2.6.3.- Tenencia definitiva por una decisión judicial o por un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada. La tenencia definitiva se debe a un proceso judicial o un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa

juzgada como los Centros de Conciliación o las Defensorías del Niño y Adolescente de las Municipalidades.

2.6.4.- Variación de la tenencia, la tenencia de los hijos, no es una resolución definitiva, como otros juicios que tienen carácter de sentencia ejecutoriada, ya que se puede modificar de acuerdo a las circunstancias, siempre y cuando prevalezca el Interés Superior del Niño, así lo manifiesta el Código de la Niñez y Adolescencia vigente en el Ecuador.

2.7.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

(Cillero, 1999). Un primer aspecto a tener en cuenta en materia del interés superior del niño es que a diferencia de lo que se pensaba cuando recién surge este concepto no se trata de un concepto que encierra una simple declaración de intenciones, de carácter abstracto e indeterminado y por ende sujeta a múltiples interpretaciones. En la actualidad y a partir de su consagración expresa como norma en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no existe duda de que constituye una norma jurídica de reconocimiento universal y obligatorio cumplimiento, cuya falta de respeto genera la responsabilidad tanto de los Estados parte como de los particulares. Dado el reconocimiento de un catálogo enunciativo de derechos consagrados en la Convención, el contenido del interés superior del niño se define como la plena satisfacción integral de sus derechos. Así, «sólo lo que se considera derecho puede ser interés superior. Lo expuesto implica lograr la máxima satisfacción de todos sus derechos siempre que sea posible y la menor restricción de ellos.

2.8.- LA TENENCIA EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

2.8.1.- COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA

(Guzman, 2003). Tratándose de asuntos del niño y adolescente de naturaleza civil, resulta evidente que el Juez de Familia conocerá los que se precisan en los artículos 160 y 162, respectivamente, del Código de los Niños y Adolescentes. Es decir, procesos contenciosos y no contenciosos. Entre los contenciosos la Ley señala los siguientes: a) Suspensión, pérdida o restitución de la Patria Potestad; b) Tenencia; e) Régimen de Visitas; d) Adopción (En este punto debemos precisar que este proceso solo estará limitado al caso de la adopción excepcional previsto en el artículo 128 del tantas veces mencionado Código de los Niños y Adolescentes); e) Alimentos (Aquí también debemos precisar que únicamente se litigarán los casos del hijo alimentista; es decir, aquel hijo extramatrimonial que no ha sido reconocido por su progenitor); D Protección de los intereses difusos e individuales que atañen al niño y al adolescente (bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, bienes o valores culturales, etc., artículo 82 CPC).

2.9.- DIFERENCIA DE TENENCIA CON LA PATRIA POTESTAD

(Duran, 2013). La Patria Potestad es el derecho a ser padres y decidir sobre los hijos, este derecho les asiste a los dos padres por igual y resulta no negociable, ni renunciable Solo se puede suspender por hechos muy graves y debidamente acreditados en un proceso judicial como por ejemplo incumplir con los alimentos, o dar malos ejemplos entre otros. En la Revista Judicial de Derecho Ecuador, se manifiesta que “La tenencia es la permanencia física del menor junto a sus padres”. Si no existiere acuerdo de los padres sobre la tenencia, el Tribunal considerará la conveniencia de que el menor continúe con el progenitor con el que hubiere vivido largo tiempo. Se preferirá a la madre divorciada o separada del padre, para el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Los hijos púberes estarán al cuidado del progenitor que ellos elijan. (Dra. Augusta Durán Mera, 2013)

2.10.- RECONOCIMIENTO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO

(Espinoza, 2006). El real sustento de la nueva doctrina de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes consiste en que pasan de ser considerados objetos de protección a ser sujetos de derechos. Como tales, requieren no de un proteccionismo paternalista o compasivo sino del reconocimiento y respeto de su condición de persona. Cabe mencionar que este reconocimiento logra su máxima expresión con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto, existe una tendencia a un cada vez mayor reconocimiento de la capacidad de las personas como titulares de derechos y deberes. Esta capacidad comprende, de un lado, el disfrutar de un derecho (capacidad de goce) y, de otro, el poder ejercerlo o ponerlo en actuación (capacidad de ejercicio). El ser titular de esta capacidad implica la posibilidad de ejercitar autónomamente sus derechos y cumplir con sus deberes, teniendo como principal marco de referencia el discernimiento. Este puede definirse como la capacidad de la persona para darse cuenta de qué quiere o no hacer y si es bueno o malo, y comprende la denominada volición o posibilidad de realizar un acto propio que manifieste esta decisión.

2.10.1.- LA TENENCIA DEL MENOR

(Beltran, 2009). La tenencia es una institución del derecho de familia, que tiene por finalidad, el determinar cuál de los padres estará al cuidado de los hijos en el caso de que exista una separación. Por lo que de acuerdo a las circunstancias, como particularmente señala puede ser definida como: Un atributo de la Patria Potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos de consuno y, por tanto ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como

institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones. Por su parte, que la Tenencia de Menor, es definida como el trámite tendiente a obtener un reconocimiento Judicial del derecho de Custodia y tenencia de un hijo y procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de este. Es decir que se trata de una institución que tiene por finalidad colocar al menor bajo el cuidado de uno de los padres al encontrarse separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es teniendo como fundamento el Interés Superior del Niño y del Adolescente, resultando claro que, en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponderá al otro.

2.10.2.- La Paternidad responsable y la Coparentabilidad como aspectos fundamentales

(Cuculiza, 2007). En la familia intacta a ambos progenitores les incumbe la responsabilidad del desarrollo psicosocial de los hijos y comparten en forma alterna la tenencia biparental, aspectos determinantes para concluir, que en la dinámica intrafamiliar se operacionaliza un modelo coparental del cual se encuentra determinado por la distribución de los roles y funciones de los padres hacia sus hijos, estando juntos o separados; en caso de la separación lo que resulta es que desvigorizan la presencia paterna y desperfilan el rol socio-afectivo generalmente del padre, que deviene en una figura ausente que emana señales de abandono a los hijos y la nueva atribución de su rol, adquiere el sentido de pagador, experimentado a la vez el actuar como un visitador eventual de sus propios hijos. Entonces para evitar estas transiciones, surgen conceptos o

aspectos que coadyuvan a mejorar las relaciones paterno filial e intrafamiliares, y en una posible separación se llegue al consenso de que ambos padres son responsables del cuidado de sus hijos sin discriminación alguna, primando el interés del menor quien necesita la presencia de ambos progenitores para la realización de su persona.

Señala que los vínculos personales y el contacto directo que un niño debe mantener con el padre o madre son un derecho protegido por nuestras leyes nacionales (Perú) y por normas internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño. Todas estas reglamentaciones reiteran y ratifican, a la vez, el Principio del Interés Superior del Niño como aquel que toda autoridad debe considerar al adoptar una medida que involucra a un menor.

2.10.3.- La Paternidad Responsable

El artículo seis de la Constitución Política del Perú, promueve la paternidad y maternidad responsable, la cual implica el ejercicio efectivo de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad; dentro de esta se encuentra el derecho que tienen los padres de vivir con sus hijos, y a su vez el derecho de los hijos de vivir en una familia, sea esta: nuclear, monoparental, separada, reconstituida o ensamblada, entre otras, siempre y cuando le ofrezcan un ambiente sano apto para su desarrollo integral, según el interés superior del niño.

Ocurre que muchas veces, luego del quiebre de la relación matrimonial o conyugal, los hijos pasan a ser parte de una familia en la cual deberá determinarse que solo uno de los progenitores residirá con los hijos, que en muchos casos suele ser la madre, en cuanto la mayoría de autores señalan que ello evitará confusiones en sus hábitos, costumbres y reglas de conducta, siendo estos autores algunos detractores de la coparentabilidad o una posible tenencia compartida, sin tener fundamento alguno.

Coparentabilidad este concepto involucra que el padre y la madre son igualmente responsables de sus hijos, cada progenitor debe responder frente a las demandas y expectativas de los hijos de forma independiente o de forma conjunta, porque a su vez el concepto de “coparentalidad engloba al progenitor como un ser completo, capaz de ejercer su rol y el del otro, pero, cada uno conserva su personalidad.

2.10.4.-Tenencia

(Varsi, 2004). Es la facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de los dos se ha de quedar el hijo. A falta de acuerdo entre ellos, la tenencia será determinada por el Juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer (art. 81 y ss., CNA). Como es de verse el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el Juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica.

1.- Régimen de visitas

Sea el padre o la madre quien de manera individual goce del ejercicio de la Patria Potestad, el otro tiene el derecho de mantener la relaciones personales con el hijo (art.422, CC.) que le permitan participar, cautelar y vigilar su desarrollo integral.

El régimen de visitas es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, determinado el desarrollo afectivo, emocional y físico así como la consolidación de la relación paterno filial. Visitar, implica jurídicamente, estar, supervisar, compartirse en fin, responsabilizarse plenamente por lo que es más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita.

Especial mención merece el incidir que se trata de un derecho familiar subjetivo, pues reconoce el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él, así como, recíprocamente, del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras no es una facultad exclusiva del progenitor sino es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral. Incluso el derecho de visitas se hace extensivo, cuando el interés del menor lo justifique, a todos los familiares que conforman el entorno del menor (hermanos, abuelos, tíos, primos, etc.) e incluso a no familiares.

Como tal, este derecho lo ejerce el padre que no goza la tenencia de su hijo de manera que se le faculta tenerlo en días y horas establecidas, siempre que no interfiera en sus horas de estudio, recreación o de relación con el progenitor con quien vive.

2.-Coparentalidad

2.1. Generalidades

(Varsi, 2004). La Patria Potestad como tal implica el atributo que tienen los padres de proteger y cuidar la persona y bienes de sus hijos, por regla general se ejerce en conjunto por ambos padres, y de manera especial en forma individual por el padre o la madre a quien se otorga la tenencia.

2.2.- Concepto

La coparentalidad es una novedosa institución del Derecho de Familia aplicada en el sistema del Comon Law mediante la cual, producida la separación de hecho, invalidez o disolución del matrimonio, el hijo vivirá indistintamente con cada uno de sus padres velando ambos por su educación y desarrollo. La característica de esta institución es que ambos padres, pese a vivir separados, tienen los mismos atributos y facultades sobre los hijos, de manera

tal que la Patria Potestad queda incólume, es decir ambos padres siguen ejerciéndola a través de la coparentalidad.

2.3. Objetivo

El sustento de la coparentalidad es preservar de manera especial las relaciones paternofiliales y en general las relaciones familiares. La coparentalidad implica el estricto ejercicio conjunto de la Patria Potestad por ambos padres sea cual fuera la situación de convivencia en la cual estos se encuentren. De esta manera, se legitima un hogar a tiempo compartido en el que el hijo convive un tiempo con el padre y otro con la madre, permitiendo que la formación y contacto con sus progenitores sea pleno y no restringido como ocurre con el régimen tradicional de tenencia. En éste último, quien goza la tenencia tiene la Patria Potestad sobre el hijo, en tanto que el otro progenitor queda suspendido de la misma, a pesar de tener que cumplir con todos sus deberes otorgándosele, sólo, la facultad a un régimen de visitas, a efectos de mantener las relaciones familiares indispensables con el menor.

2.11.- LEGISLACION NACIONAL

2.11.1- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU

Artículo 4°. Protección a la familia. Promoción del matrimonio.

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

2.11.2.- CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

CAPITULO II

TENENCIA DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Artículo 81º.- Tenencia.-

Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Artículo 82º.- Variación de la Tenencia.-

Si resulta necesaria la variación de la Tenencia, el Juez ordenará, con la asesoría del equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva de manera que no le produzca daño o trastorno. Sólo cuando las circunstancias lo ameriten por encontrarse en peligro su integridad, el Juez, por decisión motivada, ordenará que el fallo se cumpla de inmediato.

Artículo 83º.- Petición.- El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

Artículo 84º.- Facultad del Juez.-

En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
- b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y
- c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

Artículo 85º.- Opinión.-

El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

Artículo 86º.- Modificación de resoluciones.-

La resolución sobre Tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción.

Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente.

Artículo 87º.- Tenencia provisional.-

Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en el plazo de veinticuatro horas. En los demás casos, el Juez resolverá teniendo en cuenta el informe del Equipo

Multidisciplinario, previo dictamen fiscal. Esta acción sólo procede a solicitud del padre o la madre que no tenga al hijo bajo su custodia. No procede la solicitud de Tenencia Provisional como medida cautelar fuera de proceso.

TÍTULO II ACTIVIDAD PROCESAL

CAPÍTULO I

MATERIAS DE CONTENIDO CIVIL

Artículo 160º.- Procesos

Corresponde al Juez especializado el conocimiento de los procesos siguientes:

- a) Suspensión, pérdida o restitución de la Patria Potestad;
- b) Tenencia;
- c) Régimen de Visitas;
- d) Adopción;
- e) Alimentos; y
- f) Protección de los intereses difusos e individuales que atañen al niño y al adolescente.

Artículo 161º.- Proceso Único

El Juez especializado, para resolver, toma en cuenta las disposiciones del Proceso Único establecido en el Capítulo II del Título II del Libro Cuarto del presente Código y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil.

Artículo 162º.- Procesos no contenciosos

Corresponde al Juez especializado resolver los siguientes procesos no contenciosos:

- a) Tutela;

- b) Consejo de Familia;
- c) Licencia para enajenar u obligar sus bienes;
- d) Autorizaciones; y
- e) Los demás que señale la ley.

Artículo 163º.- Otros procesos no contenciosos

Los procesos no contenciosos que no tengan procedimiento especial contemplado en este Código se rigen por las normas del Código Procesal Civil.

Artículo 164º.- Postulación del Proceso

La demanda se presenta por escrito y contendrá los requisitos y anexos establecidos en el artículo 424º y 425º del Código Procesal Civil. No es exigible el concurso de abogados para los casos de alimentos. Para su presentación se tiene en cuenta lo dispuesto en la sección cuarta del Libro Primero del Código Procesal Civil.

Artículo 165º.- Inadmisibilidad o improcedencia

Recibida la demanda, el Juez la califica y puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia de conformidad con lo establecido en los artículos 426º y 427º del Código Procesal Civil.

Artículo 166º.- Modificación y ampliación de la demanda

El demandante puede modificar y ampliar su demanda antes de que ésta sea notificada.

Artículo 167º.- Medios probatorios extemporáneos

Luego de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios de fecha posterior, los referidos a hechos nuevos y aquellos señalados por la otra parte en su contestación de la demanda.

Artículo 168º.- Traslado de la demanda

Admitida la demanda, el Juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado de ella al demandado, con conocimiento del Fiscal, por el término perentorio de cinco días para que el demandado la conteste.

Artículo 169º.- Tachas u oposiciones

Las tachas u oposiciones que se formulen deben acreditarse con medios probatorios y actuarse durante la audiencia única.

Artículo 170º.- Audiencia

Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el Juez fijará una fecha inaplazable para la audiencia. Ésta debe realizarse, bajo responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, con intervención del Fiscal.

Artículo 171º.- Actuación

Iniciada la audiencia se puede promover tachas, excepciones o defensas previas que serán absueltas por el demandante. Seguidamente, se actuarán los medios probatorios. No se admitirá reconvencción.

Concluida su actuación, si el Juez encuentra infundadas las excepciones o defensas previas, declarará saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliatoriamente.

Si hay conciliación y esta no lesiona los intereses del niño o del adolescente, se dejará constancia en acta. Esta tendrá el mismo efecto de sentencia.

Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el Juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la

continuación del proceso. Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el Juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada.

Artículo 172º.- Continuación de la audiencia de pruebas

Si no pudiera concluirse la actuación de las pruebas en la audiencia, será continuada en los días sucesivos, sin exceder de tres días, a la misma hora y sin necesidad de nueva notificación.

Artículo 173º.- Resolución aprobatoria

A falta de conciliación y, si producida ésta, a criterio del Juez afectara los intereses del niño o del adolescente, éste fijará los puntos controvertidos y determinará los que serán materia de prueba.

El Juez puede rechazar aquellas pruebas que considere inadmisibles, impertinentes o inútiles y dispondrá la actuación de las cuestiones que sobre esta decisión se susciten, resolviéndolas en el acto. Deberá también escuchar al niño o al adolescente.

Actuados los medios probatorios, las partes tienen cinco minutos para que en la misma audiencia expresen oralmente sus alegatos.

Concedidos los alegatos, si los hubiere, el Juez remitirá los autos al Fiscal para que en el término de cuarenta y ocho horas emita dictamen. Devueltos los autos, el Juez, en igual término, expedirá sentencia pronunciándose sobre todos los puntos controvertidos.

Artículo 178º.- Apelación

La Resolución que declara inadmisibile o improcedente la demanda y la sentencia es apelable con efecto suspensivo, dentro de los tres días de notificada. Las

decisiones adoptadas por el Juez durante la audiencia son apelables, sin efecto suspensivo y tienen la calidad de diferidas.

2.12.- JURISPRUDENCIAS NACIONALES

- (...) Previamente a la absolución del recurso de casación sub examine es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. Del examen de autos se tiene que a fojas treinta y ocho, Elvira Erika Cabrera Huayllani interpone demanda de tenencia y custodia de su menor hijo, contra Edison Vargas Estrada; siendo sus fundamentos de hecho que con el demandado procrearon a su menor hijo Giancarlo Edison Vargas Cabrera y debido a la conducta del demandado - alcoholismo y problemas económicos- fracasó la convivencia en agosto de dos mil doce. El demandado demostró una conducta irresponsable

no cumpliendo con sus obligaciones económicas, motivo por el cual le inició una demanda de cobro de alimentos que se tramitó ante el Juzgado de Paz Letrado de Arequipa. **(Casación Nº 3767-2015-Cusco. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 08 de agosto del 2016).**

- (...) En aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres. **(Casación 2702-2015/Lima; Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria, seis de mayo del 2016).**

- (...)En tal sentido, en el caso de autos, debe otorgarse la tenencia de ambos menores a favor del demandante, pues, durante su mayor tiempo de vida han compartido experiencias con su padre y han aprendido a convivir con él, por lo que, un cambio en su status quo podría generar un inapropiado conflicto emocional en los niños. **(Casación Nº 2108-2014/Lima; Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del veintiuno de Noviembre del 2013).**

- (...) Para decidir sobre la tenencia y custodia del menor debe examinarse si la comunidad económica, de sentimientos y de territorio llamada familia es la apropiada para la crianza del menor. **(Casación N° 1384-2012/Ucayali; Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente, del dieciocho de Marzo 2014).**

- (...) Las normas sobre tenencia y custodia no son normas fatales imperativas, que no admitan modificaciones, por el contrario, precisamente porque es necesario presentar el “interés superior del niño”, se trata de una regla jurídica flexible, que se adecua a lo que lo favorece y que por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese “interés superior”, considera al menor como sujeto de derecho y rechaza que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad. **(Casación N° 1961-2012/Lima, Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente, del diez de Setiembre del 2013).**

- (...) Considero otorgar la tenencia de ambos menores a favor del padre con quien los menores han convivido, pues realizar un cambio en su status quo podría generar un inapropiado conflicto emocional en los niños, así lo señaló en la. Este criterio fue adoptado en un proceso en el que un padre demandó a su ex pareja la tenencia y custodia de sus dos menores hijos, porque según refiere, en la actualidad sus hijos viven con él después de haberse separado de la demandada. Además el demandante sostiene tener más tiempo para dedicarse a los menores por lo que expresa estar calificado para obtener la custodia definitiva. **(Casación N° 2179-2013 Ica; Corte Suprema de Justicia**

de la República Sala Civil Permanente,, del doce de Junio del 2013).

- (...) Se aprecia que, efectivamente, el Ad quem ha emitido un fallo extra petita, al otorgar a la demandada (madre del menor) la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que ésta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso. **(Casación N° 1252-2015 Lima Norte, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del 4 mayo del 2016).**

2.13.- Plenos Jurisdiccionales

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA ESTE
PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL EN MATERIA DE FAMILIA
ACTA DE PLENO JURISDICCIONAL**

TEMA 1:

LA LEGITIMIDAD E INTERES PARA OBRAR DE LOS ABUELOS PARA INTERPONER DEMANDA DE TENENCIA Y CUSTODIA DE USU NIETOS

FORMULACION DEL PROBLEMA:

¿Los abuelos tienen legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos?

PONENCIAS**Primera ponencia**

Los abuelos no tienen legitimidad ni interés para interponer la demanda de tenencia y custodia de sus nietos por ser facultad estrictamente de la patria potestad, debiendo declararse improcedente la demanda interpuesta, de conformidad con el artículo 89° del código de los niños y adolescentes.

Segunda ponencia:

Excepcionalmente, los abuelos si tiene legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, debiendo admitirse la demanda, en aplicación de la convención sobre los derechos del niño, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil y el Principio del Interés Superior del Niño.

FUNDAMENTOS:

Se tomó como fundamento los distintos criterios que tienen los jueces de familia en la corte superior de Lima Este, en tanto unos declaran improcedente la demanda y concluyen el proceso y otros admiten la demanda hasta el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Respecto de la primera ponencia: Se argumenta que la responsabilidad de la custodia de los hijos es exclusiva de los progenitores, no pudiendo ser delegada a otros miembros de la familia extensa. Que el artículo 89° del código de los niños y adolescentes, establece que: “Cuando los padres estén separados de hecho,

la tenencia de los niños y adolescentes se determinara de común acuerdo con ellos, de no existir acuerdo de los padres o si estando de acuerdo, este resulta perjudicial para él, la tenencia resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.”

Respecto de la segunda ponencia: se indica que, de conformidad con el artículo VI del título preliminar del código civil, para ejercitar o contestar una acción, es necesario tener legítimo interés económico o moral. el interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley; por lo que, teniendo en cuenta que ante el hecho de determinar la guarda y cuidado de los niños, los abuelos como miembros de la familia están legitimados moralmente para poder accionar la tenencia; toda vez, que el artículo 89° del código de los niños y adolescentes no lo prohíbe; es más, lo advierte al señalar que: “ cuando resulte perjudicial para el niño, niña la tenencia la resolverá el juez especializado”, por lo que resulta evidente que, en aplicación del interés superior del niño, los abuelos están facultados para accionar la custodia de sus nietos.

RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS

Primera Ponencia: Expedida por el tercer juzgado de familia de san juan de Lurigancho.

Segunda Ponencia: Expedida por el segundo juzgado de familia de san juan de Lurigancho.

DEBATE Y CONCLUSIONES

A continuación, el doctor Carlos Romero Pascual, secretario técnico de la comisión de plenos jurisdiccionales, luego de recabar conclusiones escritas y sometidas a votación de los magistrados, deja constancia de lo siguiente:

2.14.- DERECHO COMPARADO

2.14.1.- LEGISLACION EN COLOMBIA

1.- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

(Bienestar, 2018). De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, 13 y ss., del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y 6o, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Puede perder la progenitora la custodia y el cuidado personal de su hija, después de 11 años, porque el progenitor quiere hacerse cargo de ella?

2. ANALISIS DEL PROBLEMA JURIDICO

Se abordara el tema analizando: 2.1. Derechos y Deberes de los padres para con sus hijos menores de edad. 2.2. La Custodia y el cuidado personal. 2.3. Procedimiento Administrativo y Judicial para solicitar la custodia y cuidado personal. 2.4 Caso concreto.

2.1. Derechos y Deberes de los padres para con sus hijos menores de edad

Los padres por el hecho de serlo asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad. Estos derechos deben ejercerlos conjuntamente los padres y a falta de uno de ellos le corresponderá al otro. Excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según las circunstancias del caso y con ciertos límites. No así la patria potestad es reservada a los padres. El Código Civil Colombiano establece que la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

Los derechos que comprende la patria potestad, se reducen a: (i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. Los derechos sobre la persona del hijo que derivan de la patria potestad se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección del hijo. El Código Civil dispone que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza de

sus hijos (art 253). Derechos que, dado que la patria potestad tiene como fin primordial la protección del hijo en la familia, involucran la obligación de mantenerlo o alimentarlo (Cód. Civil., art. 411); y de educarlo e instruirlo; es decir, tienen la dirección de la educación del hijo, con la facultad de corregirlo (Cód. Civil., art. 262, modificado por el D. 2820/74, art. 21) la que sólo será legítima en la medida que sirva al logro del bienestar del niño, niña o adolescente.

2.14.2.- LEGISLACION MEXICANA

1.- LA CUSTODIA

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

(Gonzales, 2013). La custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco, y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad. Esta figura ha tenido una evolución importante en las relaciones familiares y en el propio derecho a lo largo del tiempo.

2.- Custodia en la Literatura Jurídica

La custodia es regulada y determinada por la autoridad judicial competente en cualquiera de las formas en que aparece en las diferentes legislaciones del orbe mundial. La custodia implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria y que: "Comprende el deber y la facultad de tener a los menores en compañía de los padres, afectando, únicamente a una parte de las facultades integrantes de la patria potestad".

Tipos de Custodia en Jalisco

1. Custodia Temporal.
2. Custodia Definitiva.
3. Custodia Personal.

4. Custodia Institucional.
5. Custodia Onerosa.
6. Custodia Gratuita.
7. Custodia Voluntaria.
8. Custodia Forzosa.

Desde el origen del ser humano, nos hemos podido dar cuenta, que no siempre al hombre se le dio la categoría de "persona", pues más bien se le consideraba como un animal primitivo o una cosa, pues podían disponer de él quienes tuvieran el poder de hacerlo.

3.- EN EL DERECHO ROMANO EL ESCLAVO NO ERA CONSIDERADO PERSONA

3.1.- PATRIA POTESTAD EN ROMA

Era en realidad un poder o potestad sobre los hijos y sus descendientes, tenía carácter perpetuo y se fundó en el concepto de soberanía doméstica, donde el paterfamilias tenía poder real y efectivo sobre todos sus descendientes y se prolongaba durante toda la vida de las personas sobre las que recaía.

3.2.- PATERFAMILIAS

- Ejercía la patria potestad.
- Abarcaba persona y bienes.
- Podía vender a los hijos como esclavos
- Dueño de los bienes que adquiriría el hijo.

2.14.3.- EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1.- EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA EN ESPAÑA. DERECHO COMÚN Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DERECHO CIVIL PROPIO

1.1.- El Código Civil

(Bayarri, 2014). Nuestro Código Civil regula separadamente la institución de la patria potestad y la de los distintos modelos de guarda y custodia de los hijos menores.

La patria potestad se regula, con sustantividad propia, bajo la rúbrica “De las relaciones paterno-filiales” en su Título VII, mientras que los modelos de custodia se regulan en los artículos 90 y siguientes, como uno de los efectos de la nulidad, separación o divorcio.

En situaciones de convivencia de los padres, la titularidad de la patria potestad, su ejercicio, y la guarda y custodia coinciden en ambos progenitores. Pero, en caso de ruptura de la relación de éstos, sea matrimonial o de hecho, pueden darse distintas situaciones en cuanto a la patria potestad que van desde su privación (art. 170 CC), a la atribución de su ejercicio a uno solo de los progenitores (art. 156 CC), siendo lo más frecuente que tanto titularidad como ejercicio sean atribuidos a ambos.

En cuanto a la guarda y custodia de los hijos, debe ser atribuida a uno o a otro, o a ambos de forma compartida, como consecuencia de la cesación de la vida en común de los progenitores. Las Comunidades Autónomas que carecen de derecho civil propio se rigen por el Código Civil común. Actualmente, en materia de custodia, solo han desarrollado un derecho civil propio las comunidades de Aragón, Cataluña, Navarra y Comunidad Valenciana. El resto de comunidades se rige por la normativa común, contenida en los artículos 90 y

siguientes y, especialmente en la materia que nos ocupa, en el art. 92 del Código Civil, en la última redacción operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

En este último precepto, se regulan los distintos modelos de guarda y custodia, dando preferencia a la custodia exclusiva de un solo progenitor. Esa preferencia resulta evidente, dada la dicción de su apartado 5, en relación con el 8º. Según su apartado 5, ambos padres deben estar de acuerdo para obtener la custodia compartida porque, en caso de acuerdo, deberá así resolverse mientras que, en otro caso, el apartado 8 dice que el juez podrá concederla «excepcionalmente» a petición de uno solo de los cónyuges y siempre que entienda que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés del menor. Hasta su declaración de inconstitucionalidad por Sentencia del Pleno del T.C. nº 185/2012, de 17 de octubre, también era necesario, para otorgar la guarda y custodia compartida, contar con el informe favorable del Ministerio Fiscal. Sin embargo, esta sentencia declaró inconstitucional y nulo el inciso «favorable» contenido en el art. 92.8 del Código Civil.

Antes de esa reforma, el Código Civil no conocía otra forma de custodia que la exclusiva de un solo progenitor. Es más, esa custodia se difería a la madre obligatoriamente, tratándose de hijos menores de 7 años, hasta que dicha preferencia materna fue suprimida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

Hoy en día, la ley presume que ambos padres están igualmente capacitados para la crianza de los hijos, erigiéndose como único criterio legal para su atribución el principio del interés superior del menor que debe guiar la actuación de los Tribunales.

Recapitulando, pues, en el derecho civil común, caben ambas formas de custodia. Pero, mientras la monoparental y la compartida solicitada por ambos progenitores de mutuo acuerdo sólo requiere para ser establecida que no perjudique el interés del menor, la custodia compartida solicitada por uno solo de los progenitores es tratada por el propio Código Civil como algo excepcional, que solo debe concederse cuando de esa única forma se proteja adecuadamente el interés del menor.

Finalmente, y aun cuando en el apartado 6 del art. 92 se dan una serie de pautas al Juez sobre qué aspectos debe tener en cuenta para decantarse por un determinado régimen de custodia oír a los menores, recabar informe del Ministerio Fiscal, valorar las alegaciones y la prueba y la relación entre los progenitores y sus hijos, se echa de menos un listado de criterios concretos que habrá de valorar el Juez para acordarla, catálogo de circunstancias que sí ha sido previsto expresamente en las legislaciones autonómicas como vamos a analizar a continuación.

2. Comunidades Autónomas con Derecho civil propio

La sociedad está cambiando por lo que la situación descrita en el Código Civil no se considera adecuada por muchos. La custodia compartida ha ido ganando fuerza en España en los últimos años. Para algunos, es la solución más justa para ambos progenitores. Otros, sin embargo, consideran que genera inestabilidad y conflictos en la vida de los niños.

Algunas Comunidades Autónomas con derecho civil propio han decidido regular la custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de sus padres con su propia ley autonómica. Pasemos a examinarlas.

3.- ANALISIS DEL PROBLEMA

Lo que motiva la presente investigación es contribuir en hacer realidad uno de los derechos fundamentales del niño contenido en la convención sobre los derechos de los niños y adolescentes, el cual se expresa de la siguiente manera: "el derecho de los niños y adolescentes de crecer en el seno de una familia y de mantener contacto con ambos padres, pese a que estos se encuentren separados", a través de una propuesta normativa que modifique el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes.

En el aspecto valorativo, la investigación es importante ya que se justifica en brindar y aportar concepciones novedosas, que están orientadas a trabajar en función a las doctrinas y normas inspiradas en la protección integral del niño en base al Principio del Interés Superior del Niño, quien se encuentra

inmerso dentro de una sociedad cambiante, de tal manera que se pueda hacer efectiva la protección que se busca para los menores sujetos dentro de un proceso judicial en donde sus padres entran en conflicto.

Si atendemos, a que la presente investigación tiene como tipo de estudio teórica y demostrativa, acerca de la intervención por parte de los jueces en los procesos de Tenencia de menores, pues dicha investigación verterá conocimientos propios al estudiante de pregrado y postgrado de la facultad de derecho, ya que las motivaciones, intereses y aportes están dirigidos a brindar un concepto mucho más amplio sobre la institución de la Tenencia y los derechos del niño y adolescente frente a sus padres, construyendo una reflexión sobre los problemas que nosotros como operadores legales percibimos en nuestro entorno de conocimiento.

4.- CONCLUSIONES

- La tenencia en un sentido genérico, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad paternal, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales.
- Este sistema permite, por un lado, conservar en ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura matrimonial. Por otro, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencias conyugales.

- Dentro de las ventajas que posee el régimen de la tenencia pueden permitirse la participación activa de ambos progenitores en la crianza de los hijos; la equiparación de aquellos en cuanto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo entre ambos la carga de la crianza; el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno.
- Mencionar que, si los progenitores no se encuentran preparados para asumir las condiciones citadas, de manera tal, que no permitan que la dinámica funcione con efectividad, consideramos que el sistema tradicional del ejercicio de la tenencia monoparental, con el establecimiento de un régimen de visitas para el progenitor que no ostente la tenencia, no deja de ser una alternativa saludable, siempre y cuando, se cumpla con dichos regímenes sin afectar los derechos de los hijos, teniendo presente, en cualquier caso.

5.- RECOMENDACIONES

- El Código de los Niños y Adolescentes es la legislación especial que regula el proceso de tenencia y régimen de visitas, en dicho ordenamiento se ha establecido que cuando existe una separación la tenencia de los niños la deciden de común acuerdo los padres y en caso de no existir acuerdo entre ellos decide el Juez Especializado de Familia, quien puede disponer la tenencia compartida.
- Asimismo, del estudio del Código de los Niños y Adolescentes se desprende que la aplicación en cuanto a las normas en el proceso de tenencia podría resultar ser injusta, por ejemplo el artículo 84 a del referido Código establece que el niño menor de tres años deberá permanecer con la madre, negándole

al padre la posibilidad de cuidar a su hijo, pese a que la madre por ejemplo se muestre negligente en la crianza del niño.

- Asimismo, demostrar que conforme se encuentra regulada la tenencia compartida hoy en día (como discrecionalidad del Juez), no es posible que los jueces la apliquen, quizás por el concepto retrograda que en el proceso judicial debe haber un vencido y vencedor, olvidándose entonces que en cualquier caso en el que se encuentre involucrado un niño se debe resolver teniendo en cuenta aquello que favorezca principalmente al niño, y lo que resulta más favorable para el niño es relacionarse con ambos padres de modo regular pese a que estos se encuentren separado.
- Se recomienda a los señores Jueces Especializados en Familia, en ejercicio de la potestad que se le atribuye, aporte criterios y comentarios que sirvan para realizar un criterio positivo de que en verdad tenga importancia, en cuanto se respete el Principio del Interés Superior del Niño,

6.- BIBLIOGRAFÍA

Academia, R. (1997). *Diccionario de la Lengua Española*. España: Espasa.

Acosta, C. (2017). *La Aplicacion del Principio de Interes Superior del Niño*. Trujillo: Universidad Antenor Orrego.

Bayarri, L. (2014). *Guarda y Custodia de Menores*. Madrid: Astrea.

Beltran, P. (2009). *El Mejor Padre son Ambos Padres*. Lima: Unife.

Bermudez, M. (2008). La Regulacion de la Tenencia de los Menores. *Revista de Derecho de Familia*, 259.

- Bienestar, I. (27 de Setiembre de 2018). *Instituto Bienestar*. Obtenido de Instituto Bienestar:
https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000078_htm
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario o Enciclopedico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Eliasta.
- Canales, C. (2014). *Patria Potestad y Tenencia, Nuevos Criterios*. Lima: Gaceta Juridica.
- Chunga. (2010). *La Tenencia de los Menores*. Lima: Uncategoriced.
- Cillero, M. (1999). *El Interes Superior del Niño en el Marco de la Convencion Internacional sobre los Derechos del Niño* (Vol. II). Bogota: Segunda Edicion.
- Cuculiza, L. (2007). *Ley 29269 Ley de Tenencia Compartida*. Lima: Desarrollo Social.
- Duran, A. (14 de 06 de 2013). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador:
<http://www.derechoecuador.com/ec>
- Espinoza, J. (2006). *La Capacidad civil de las Personas Naturales*. Lima: Grijley.
- Fernandez, A. (2014). La Familia y la Coparentabilidad en el Peru. *La Familia Contemporanea desde un Enfoque Multidisciplinario*, 7.
- Gonzales, V. (2013). *Antecedentes Historicos de la Custodia o Tenencia*. Guadalajara: Gaceta.
- Guzman, E. (2003). Comentarios alCodigo de los Niños y Adolescentes. *Foro Juridico*, 02, 14.
- Mafla, H. (2016). *El Incumplimiento de la Tenencia de los Hijos Menores de Edad*. Quito: Uniandes.
- Placido, A. (2010). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Juridica.
- Varsi, E. (2004). *Divorcio, Filiacion, Patria potestad*. Lima: Grijley.

7.- ANEXOS

1.- CASO PRÁCTICO EX. 895-2016

1.- CASO PRÁCTICO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN 895-2016 LIMA

Divorcio por Causal de Separación de Hecho Lima, seis de octubre de dos mil dieciséis.-

VISTOS;

con los acompañados, con la razón emitida por el secretario de esta Sala Suprema a folios cuarenta y ocho del cuaderno de casación de fecha 22 de agosto de 2016 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por **la demandada Ana Cecilia Renteros Abad de Granados** a folios quinientos setenta y dos, contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre de 2015, dictada a folios quinientos cuarenta y tres, que confirma la sentencia de primera instancia de fecha 15 de diciembre de 2014, obrante a folios cuatrocientos cuarenta, que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, fija a favor de la recurrente la suma de diez mil soles (S/ 10,000) por concepto de indemnización; con los demás que contiene. Por lo que corresponde verificar los requisitos de admisibilidad y procedencia dispuestos en los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil, modificados por la Ley número 29364.

SEGUNDO.- Que, se verifica que el recurso cumple con los requisitos para su admisibilidad, conforme lo exige el artículo 387 del Código Procesal Civil, toda vez que ha sido interpuesto: **i)** contra la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima que, como órgano jurisdiccional de segunda instancia, pone fin al proceso; **ii)** ante el referido órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada; **iii)** dentro del plazo que establece la norma, ya que la recurrente fue notificada el 12 de enero de 2016, conforme se corrobora del cargo obrante a folios quinientos cincuenta, e interpuso su escrito de casación el 26 del mismo mes y año; **iv)** adjunta el reintegro del arancel judicial a folios cuarenta y cinco del cuaderno de casación, dentro del término de ley, cumple con subsanar la omisión precisada por resolución del 22 de julio de 2016, conforme a la razón emitida por el secretario de esta Sala Suprema.

TERCERO.- Que, el recurso de casación cumple con lo exigido en el inciso 1) del artículo 388 del Código Procesal Civil, porque la recurrente no consintió la

sentencia de primera instancia que le fue adversa, conforme se aprecia del escrito de apelación a folios cuatrocientos cincuenta y ocho.

CUARTO.- Que, debe considerarse que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que tiene como fin esencial la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema; en ese sentido, debe fundamentarse de manera clara, precisa y concreta indicando en qué consiste la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial, así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, de conformidad con lo establecido por los numerales 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil y su modificatoria.

QUINTO.- Que, la demandada denuncia como causales lo siguiente:

a) Infracción normativa por inaplicación del artículo 345-A del Código Civil. Señala que, la pretensión requerida no reúne las condiciones establecidas por ley para su procedencia, por cuanto el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, requerimiento de admisibilidad establecido por el citado artículo.

b) Infracción normativa de los artículos 139 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y 197 del Código Procesal Civil. Manifiesta que, la sentencia recurrida omite pronunciarse respecto a vicios denunciados por su parte e incurridos desde el momento de la calificación de la demanda, como es, que el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias, lo cual demuestra con los documentos que recaen en el expediente número 3326-1999 seguido entre las mismas partes, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho alimentos, donde obra el Informe Pericial N° 531-20 14-VBCL-PJ (documento que ofreció como prueba de su recurso de apelación, mediante escrito del 22 de enero de 2015). Respecto a la reconvencción propuesta, indica

que en la audiencia que obra a folios doscientos cincuenta y tres, sus hijos confirmaron la separación de sus padres y el abandono del hogar, quedando establecidos los maltratos psicológicos y físicos (violencia familiar) ejercida por el actor contra aquellos y la recurrente, lo que acredita los perjuicios sufridos. Sostiene que la sentencia de vista no se pronunció respecto a cada uno de los hechos expuestos en su escrito de reconvencción, toda vez que el actor fue quien hizo abandono de hogar y cometió adulterio, causales contempladas en el artículo 333 incisos 1) y 5) del Código Civil; fruto de aquello es el nacimiento de su menor hija de 9 años de edad, por lo que, se le debió condenar a la pérdida de los gananciales, acorde a lo prescrito por el artículo 352 del acotado Código. Manifiesta que al fijarse una indemnización a su favor como cónyuge perjudicada, los Jueces Superiores debieron establecer los criterios para determinar la suma otorgada; asimismo, no valoraron la conducta del actor, quien se sustrajo de sus deberes de fidelidad y asistencia, y dejó la responsabilidad del hogar y la carga del trabajo a la recurrente. Agrega, que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, conforme lo faculta el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

c) Aplicación de la procedencia excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil. Indica que debido a la relevancia jurídica del presente caso, solicita la causal excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, en el caso de no cumplirse algún requisito del artículo 388 del acotado Código Procesal. Finalmente, precisa su pedido casatorio como anulatorio y/o revocatorio.

SEXTO.- Que, las causales denunciadas en los acápite **a)** y **b)** deben ser desestimadas. Ello es así, porque los fundamentos que sostienen la normas Divorcio por Causal de Separación de Hecho supuestamente

transgredidas son los mismos en que basó los agravios de su escrito de apelación, y que ahora nuevamente invoca; por tanto, fueron materia de pronunciamiento por la instancia de mérito que determinó que el actor acredita encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias para invocar el supuesto del inciso 12) del artículo 333 del Código Civil, conforme se desprende de sus Boletas de Pago, donde se consigna un descuento por retención judicial de sus ingresos; situación que contrasta con lo vertido por la demandada en la audiencia llevada a cabo en autos, quien manifestó que: "Sí recibo una pensión y no siempre recibo esa suma de dinero [la cantidad de S/ 169.38] a veces es menos, al demandante le retienen de la empresa Movistar Perú y se deposita en una cuenta en el Scotiabank"; debiendo acotarse que la impugnante no acreditó objetiva ni documentalmente su afirmación, respecto a que el actor le adeuda por concepto de pensiones alimenticias devengadas, pese a aseverar demostrar con documento el Informe Pericial recaído en el expediente número 3326-1999, cuya copia no anexa.

SÉTIMO.- Que, en cuanto a la causal precisada en el literal **c)**, referida a la casación excepcional propuesta por la recurrente, que tiene amparo legal en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, también debe ser rechazada. Ello es así, porque esta fórmula procesal debe ser entendida en el sentido que este Tribunal Supremo, oficiosamente, podría admitir el recurso si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines de la casación, esto es, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional. Por tanto, esta norma sólo debe ser aplicada para alcanzar esa finalidad, pero no para amparar recursos mal formulados, pues una posición de esta naturaleza transgrediría la propia esencia del recurso de casación y sustituirá la voluntad e interés de las partes, lo que conllevaría a Divorcio por Causal de Separación de Hecho afectar principios como el dispositivo - de iniciativa de parte -, de congruencia procesal, al habilitar un pronunciamiento más

allá del petitorio - pretensión impugnatoria -, y de igualdad de las partes en el proceso. Siendo así, la denuncia alegada no satisface el criterio de necesidad casacional prevista en la norma analizada.

OCTAVO.- De otro lado, se advierte que la recurrente en su escrito de reconvenición no demandó ninguna causal de divorcio, tan solo petitionó una indemnización por daños y perjuicios, pues argumentó que el actor incumplió con sus deberes de fidelidad y asistencia, así como la obligación de educar a sus hijos; lo cual fue valorado por las instancias de mérito a fin de amparar la reconvenición propuesta, en su condición de cónyuge más perjudicada con la separación, conforme a lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil.

NOVENO.- De lo mencionado, se concluye que lo realmente cuestionado por la impugnante es la situación fáctica establecida en sede de instancia, así como la valoración de los medios de prueba efectuada por los Jueces de mérito, pretendiendo forzar a esta Sala Suprema a emitir un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto; lo que no se condice con los fines del recurso extraordinario de casación, esto es, la interpretación del derecho objetivo y la unificación de los criterios de la Corte Suprema.

DÉCIMO.- Finalmente, cabe precisar que el hecho que se haya expedido un fallo adverso a los intereses de los actores, no configura la negativa del derecho constitucional invocado como pretende sostener, toda vez que este garantiza que todo justiciable tenga el derecho a que se le haga justicia, acudiendo al órgano jurisdiccional, a través de un proceso donde se le brinden un conjunto de derechos y garantías mínimas en su desarrollo, y que lo resuelto sea efectivo; sin embargo, ello no implica que se dé la razón Divorcio por Causal de Separación de Hecho necesariamente a la peticionante, sino que esta pueda ejercer sus derechos en el proceso con libertad y en un plano de igualdad, formando un

"escudo" ante las posibles arbitrariedades, dando lugar al "debido proceso"; lo cual ha sido respetado de forma amplia.

UNDÉCIMO.- En consecuencia, no habiéndose incurrido en vulneración de derecho o garantía alguna, es de estimar como no cumplidos los requisitos exigidos en los incisos 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, para hacer operante este medio impugnatorio. Por estos fundamentos, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Ana Cecilia Renteros Abad de Granados a folios quinientos setenta y dos, contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre de 2015, dictada a folios quinientos cuarenta y tres;

DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Mario Granados Aguilar contra Ana Cecilia Renteros Abad de Granados, sobre divorcio por la causal de separación de hecho; y los devolvieron.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema

**SS. TELLO GILARDI
DEL CARPIO RODRÍGUEZ
RODRÍGUEZ CHÁVEZ.**